

CONTROL JUDICIAL DEL PODER POLÍTICO

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado



L título de esta intervención permitiría una aproximación abstracta y descomprometida al asunto, pero me parece que no es lo pertinente, cuando, como ahora sucede, se vive un momento intensamente connotado por la multiplicidad y gravedad de las vicisitudes políticas, en sentido amplio, que han dado lugar a actuaciones judiciales y, más en concreto, de la justicia penal. Naturalmente, no sólo en el caso de nuestro país, aunque sea éste el referente central de mi exposición.

Creo que en esta apreciación no hay un ápice de exceso, cuando está bien a la vista —es un ejemplo significativo— que el modo de operar de algunas instancias centrales del ministerio del Interior durante cierto periodo de tiempo no lejano podría hallarse mejor descrito en algunos capítulos del Código Penal que en las propias leyes y reglamentos orgánicos.

Es por lo que entiendo que sería intelectualmente deshonesto eludir lo que significa esa compleja y exuberante serie de fenómenos, como objeto de reflexión, cuando se trata, como aquí sucede, de discurrir sobre el control judicial del poder político. Sería también políticamente suicida no interrogarse en concreto por el modo de ser real de una política que ha demostrado tan recalci-

trante proclividad a caer en el radio de acción del Código penal. Sería, asimismo, jurídicamente inaceptable dejar de preguntarse igualmente por la dimensión empírica de un ordenamiento que parece haber servido adecuadamente de «ambiente» al desarrollo de una amplísima fenomenología de ilegalidades del poder. Y creo que tampoco, en mi caso, resulta posible dejar de reflexionar sobre el actual momento del poder judicial, avanzando algunas indicaciones sobre el que creo es su papel constitucional en un sistema como el nuestro. Todo ello, es claro, con la brevedad y el esquematismo que impone un debate en mesa redonda.

No se trata, pues, de abundar tópicamente en la vieja concepción de la maldad *natural* del poder, como una suerte de condición atávica. Porque tampoco se toma *el poder* como objeto en una dimensión ahistórica, sino el poder *sub specie* de lo que se conoce como democracia política en el marco del Estado constitucional de derecho.

Éste se ha caracterizado por la emergencia de nuevas formas de intervención, que dotan al poder ejecutivo de una presencia social más incisiva que nunca; y con altísima capacidad para producir actos de directa o indirecta relevancia económica. En tal ampliación del espacio público, que se traduce en la aparición de nuevos sujetos y nuevas formas de actuación que no ha ido seguida de los correspondientes desarrollos normativos, suele verse el antecedente de algunos de los fenómenos de ilegalidad a que me he referido: los que se etiquetan genéricamente de *corrupción*.

De ellos se ha hablado como exponente del «intercambio oculto entre dos mercados» (el político y el económico en sentido propio), en flagrante quebrantamiento de las reglas de uno y otro. La corrupción sería, así, el resultado de la suma de dos fuentes de riesgo de producción de acciones de apropiación privada de lo público, en ausencia de controles eficaces. Estos controles en crisis serían, en primera instancia, *naturalmente* políticos en sentido amplio. Aquí se piensa en la falta de funcionamiento eficaz de ciertos dispositivos institucionales internos a los aparatos propiamente ejecutivos, por la inadecuación de los correspondientes dispositivos legales —las ostensibles carencias normativas—, y en la crisis de la institución parlamentaria como instancia de control.

Situados en este plano, no puede dejar de tomarse en consideración el papel de antecedente genético que en estos procesos ha desempeñado el partido político en su modo de ser actual. Como bien se sabe, lo menos que puede decirse de él es que —teniendo constitucionalmente atribuida una función esencial de mediación democrática entre el Estado y la sociedad civil— su papel



real, con la mayor frecuencia, es hoy operar como agencia de gestión de intereses corporativos. En este punto, la financiación ilegal, verdadero fenómeno sistémico, sobre todo si se trata de partidos de gobierno, tiene un alto valor sintomático.

En efecto, habida cuenta de los costes económicos que conlleva el mantenimiento de una presencia eficaz en el mercado político, el poder real dentro del partido pasa necesariamente por el control de esas fuentes de financiación, por una suerte de subsistema subterráneo interno a la propia organización, desde el que se determinan los criterios de mérito para la selección del personal político y se condicionan en lo esencial los procesos decisionales.

De este modo, ya en ese plano, es evidente la existencia de una política real que discurre en situación de ilegalidad y que se impone o condiciona, incluso suplanta, a la que se hace en los espacios formal-constitucionales.

Ese fenómeno de desplazamiento *de facto* del poder efectivo a sedes impropias y difícilmente controlables, escasamente o nada permeables a la incidencia normativa del derecho, tiene amplios desarrollos en toda la geografía estatal. Y es expresión de una profunda crisis de legalidad, consecuencia de una política inspirada, con alarmante frecuencia, en una lógica de fondo que responde al principio perverso de que el fin justifica (todos) los medios. Precisamente, son algunas de las más graves manifestaciones de ésta (en España el caso de los GAL, el de los fondos reservados, por ejemplo) lo que ha llamado en causa a la jurisdicción.

Diré de entrada que no porque sea una suerte de *poder bueno* en un concierto de poderes perversos. Sino por su ajenidad esencial al ámbito de los sujetos políticos generales propiamente dichos y por su inscripción objetiva en el de la legalidad.

Desde este plano, en el Estado constitucional de derecho, la jurisdicción tiene atribuido el control de legalidad de los actos coercitivos del poder político-administrativo; y la respuesta penal a las desviaciones criminales que puedan producirse en ese mismo ámbito.

Esta, hasta hace poco tiempo, inédita presencia de la jurisdicción, que en una consideración poco matizada del asunto podría parecer impropia, ha generado un intenso conflicto. Al hablar de conflicto estoy pensando en el que se expresa en el cuestionamiento de la legitimidad de la jurisdicción —en particular de la penal— para incidir sobre las ilegalidades del poder.

Aquí me interesa, es obvio, la dimensión estructural-constitucional del asunto. A veces interferida, es cierto, por actitudes o fenómenos coyunturales, que pueden contribuir a hacer más tensas las situaciones, pero cuyo relieve es

evidentemente secundario. (Pienso, para decirlo todo, en la dimensión incluso personal de algunos conflictos que, en el caso de España, han tenido y tienen por sede la Audiencia Nacional. No creo que deba dejarse de hablar de ellos, pero siempre poniendo buen cuidado en deslindar lo verdaderamente relevante, en este caso un modo inadecuado de división del trabajo jurisdiccional implícito en la configuración de ese órgano, de lo que es anécdota, por importante que la misma pueda resultar en el caso concreto).

Luis María Díez-Picazo, en un libro muy interesante, (*La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Madrid 1996), ha señalado la existencia de tres modalidades de intervención en los casos en que sería exigible una responsabilidad penal a sujetos con responsabilidades de gobierno:

— una, inspirada en el *argumento democrático*, que vería con reservas la aplicación de la ley penal a los gobernantes, por lo que ello podría tener de interferencia en los dictados de la voluntad popular;

— otra, la calificada por el autor de *reduccionismo legalista*, que se expresa en el brocardo «fiat iustitia, pereat mundus», en la que la resolución del conflicto se desplazaría al área del derecho, es decir, —supuestamente— al margen de la soberanía popular;

— la tercera, representada por el que se define como *tratamiento diferenciado* de los delitos del poder, al objeto de limitar la responsabilidad penal exigible al mismo, introduciendo un elemento correctivo de «justicia política», sujeto a criterios de oportunidad.

Díez-Picazo se decanta por esta tercera vía. Así sugiere una estrategia informada por lo que llama «argumento de las consecuencias políticas de la criminalidad gubernativa». «Aunque suene duro —dice— a veces un país tiene que elegir entre estar correctamente gobernado y hacer justicia en todo caso».

Este criterio de clasificación y la propuesta final me produce algunas perplejidades. La primera es que el principio democrático y el de legalidad sean susceptibles de contraponerse en términos casi excluyentes. Pues creo que la legalidad constitucional es la expresión más genuina de la soberanía popular y que este carácter no puede entenderse desnaturalizado por la inevitable mediación judicial. Y el poder que se recibe de las urnas es para la realización de políticas en el marco constitucional-legal. Por otro lado, el tratamiento discriminador de la delincuencia del poder inspirado en criterios de oportunidad, desiguales por definición, no podrá dejar de producir —como en efecto produce— efectos fuertemente deslegitimadores sobre las propias instituciones. El



vigor de éstas y su capacidad de articular la realidad conforme a los valores constitucionales está en función de la autenticidad con que realmente los sirvan.

El problema central que plantea la degradación del poder legítimo representada por las diversas formas de ilegalidad —con frecuencia ilegalidad criminal— aludidas, no radica en la eventual intervención de la jurisdicción criminal, con su supuesta incidencia perturbadora. La intervención judicial, antes aun que una consecuencia de esa clase de actos, lo es de la amortización o el fracaso de las instancias centrales de control de la democracia política. Es decir, la crisis de funcionamiento de momentos nucleares de ésta que tienen encomendada —en primera instancia— la garantía de la calidad democrática de la política en acto. Una crisis sin duda esencial, que es *el verdadero problema*. El primer problema en el orden lógico y también desde el punto de vista de las consecuencias.

La experiencia en curso permite observar que esta crisis no ha adquirido verdadera visibilidad en sus auténticas dimensiones hasta que se ha producido la intervención judicial. Curiosamente, los grandes escándalos, las más graves conductas delinquentes producidas en ámbitos de poder, no se han hecho perceptibles en sede política o parlamentaria, como habría sido lo propio (sobre todo cuando tenían cierta dimensión de publicidad en esos ámbitos) sino en los medios de comunicación y/o en el juzgado o la fiscalía de guardia.

Y, curiosamente también, esto último ha sido posible sólo allí donde las instancias judiciales encargadas de la persecución de delitos gozaban de cierto grado de independencia política. De ahí que en países como Francia, Alemania, Bélgica, se haya denunciado insistentemente la inhibición de la justicia —en concreto del ministerio público— en relación con los delitos debidos a sujetos públicos.

Yo creo que el análisis de la situación actual debe llevar a una conclusión necesariamente inversa de la que resulta observable en un discurso muy generalizado: la intervención de la justicia criminal —cuando resulta debida por imperativo de legalidad— no es un fenómeno perturbador de la normalidad democrática. Por el contrario, la ausencia de esa intervención, precisamente en presencia de los delitos más graves, la impunidad, de quienes los cometen, se encuentra con indiscutible relevancia causal, en la raíz, tanto de aquéllos, como de la ineficacia de los mecanismos de control administrativo y político.

En efecto, desde el punto de vista genético, entre los factores que han contribuido al desarrollo y, desde luego, al reforzamiento, de tales fenómenos de ilegalidad, está el modo de producirse —realmente, *de no producirse*— la debida respuesta penal. Es decir, la seguridad *ex ante* de contar ya con la inhibi-

ción de la instancia judicial; o con la facilidad de sustraerse a su intervención, si llegase a producirse, dada su debilidad. O, incluso, con la posibilidad de neutralizarla más tarde, en todo caso por el socorrido expediente del indulto, tan frecuentado entre nosotros en esta clase de supuestos.

Cuando la intervención judicial se da por imperativo de legalidad no hay la «judicialización» abusiva y menos de «la política» que con tanta frecuencia como falta de rigor se sugiere. Primero, porque antes de la reacción judicial está un acto político o debido a un político, en principio connotado de criminalidad, como antecedente. Y, en segundo término, porque no es *la política* lo que se judicializa, sino alguna manifestación concreta y degradada de ésta. Y sólo acto por acto y merced a una solicitud dirigida a la jurisdicción desde fuera de ella misma.

Es de toda evidencia que no existen soluciones judiciales para las crisis políticas. Pero es asimismo evidente que tampoco habrá salidas políticas eficaces para éstas —en un marco de Estado constitucional de derecho— cuando la legalidad, incluida la legalidad penal, no ocupe el espacio que constitucionalmente tiene atribuido. El ideal del Estado constitucional de derecho pasa porque no existan motivos legalmente previstos para la intervención de la justicia criminal en el interior de las instituciones. Pero también, y de la misma forma esencial, porque siempre que ésta fuese necesaria se den los presupuestos institucionales y operativos para hacerla posible en condiciones de verdadera eficacia.

Si alguna conclusión habría que extraer de la demoledora experiencia de estos años es que el Estado de derecho no puede permitirse el lujo de prescindir de ninguno de los momentos de control que prescribe su modelo ideal. Naturalmente, esto es también predicable de los controles internos y externos de calidad de las actuaciones judiciales. Me parece obvio. Es un problema que exige una reflexión crítica que aquí raramente se ha dado con el rigor intelectual que sería necesario. Por el contrario, han prevalecido las intervenciones globalmente deslegitimadoras y reductivas, con frecuencia de un jacobinismo casi infantil, evidencia de actitudes que están en la base de una política judicial extremadamente pobre, sin cuyo análisis tampoco podría entenderse muchas de las insuficiencias que aquejan a la jurisdicción en nuestro país.

Dicho esto, me parece necesario regresar al título dado en el programa a esta intervención: «Control judicial del poder político», para ponerle signos de interrogación. ¿Corresponde al poder judicial ejercer el control del poder político?

Pues bien, si la pregunta alude a un poder *de los jueces* como función general o global de «contrapeso», indudablemente la respuesta debe ser negativa. Porque no existen *los jueces* como poder, ni hay un poder *de los jueces*. Poder



judicial es sólo *la jurisdicción* y ésta radica en el juez competente, que lo es sólo para el caso concreto.

Y tampoco la función jurisdiccional es una función política de *contrapeso* en ese sentido general global. En efecto, ni le corresponde ninguna facultad de iniciativa en tal sentido; ni tampoco tiene atribuido un poder de fiscalización sistemática.

De control del poder político por los jueces sólo cabe hablar en términos aproximativos o analógicos: es decir, en el sentido de que, por imperativo de legalidad, debe contarse, como un elemento de la normalidad constitucional, con la previsión de una eficaz respuesta judicial a las ilegalidades del poder, que incluya la de naturaleza penal a los actos de sujetos investidos de poder político, previstas como delito. Ésta es la única aportación de la jurisdicción al *control del poder*.

La jurisdicción como tal no es una función «contrapeso» en el sentido señalado político y fuerte de la expresión. Porque no se proyecta de forma sistemática sobre la política como ámbito, no separado de la legalidad, pero dotado de indudable autonomía; ni se superpone a ella en paralelo, de manera envolvente. Incide, sólo, sobre actos ya producidos en el marco de la misma, incluidos, desde luego, los que caigan en el campo de acción de la justicia criminal.

Esta función, sin ser de «contrapeso» en sentido propio, contribuye decisivamente a restablecer la legalidad democrática y al respeto de los valores constitucionales, y también, de manera indirecta, a que las instancias de control interno de la democracia política asuman su papel, tantas veces desatendido.

De esta nueva tarea se derivan exigencias de carácter orgánico, de profesionalidad, de rigor en el respeto de las reglas y de responsabilidad para quienes ejercen la jurisdicción. Es decir, lo que el modelo constitucional vigente demanda en este punto es que se dote a los titulares del poder judicial de las condiciones —de independencia, de formación, instrumentales— que les sitúen a la altura de esa tarea imprescindible. Pero, en modo alguno, como tantas veces se ha dicho últimamente por políticos en apuros judiciales, rebajar la significación de la misma. Por una razón elemental: la plena garantía jurisdiccional de los derechos es condición *sine qua non* de la efectiva vigencia del principio de legalidad, para el que en un Estado como el prefigurado por la Constitución de 1978 no puede haber zonas francas. Menos en espacios públicos.

